This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

FOR IX
B9486m

Mutatione rei interire usum fructum placet

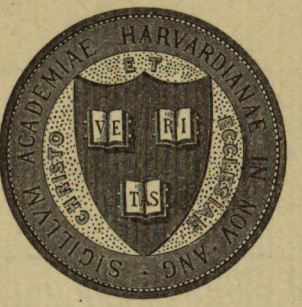
von

C Chr. Burckhardt

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 741 797

PROPERTY OF HARVARD LAW LIBRARY

Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY

Received May 12, 1921

Digitized by Google

SWITZERLAND

Digitized by Google

Digitized by Google

Separatabdruck
aus der Festgabe der Juristischen Fakultät der Universität Basel zum siebzigsten Geburtstag von Andreas Heusler, 30. September 1904.

Mutatione rei interire usum fructum placet.

Von

C. Chr. Burckhardt.

Basel
Helbing & Lichtenhahn
(vorm. Reich-Detloff)
1904.

ROMAN
916.3
BUR
1904

Digitized by Google

For. TX
B9486m

MAY 12 192

Digitized by Google

Mutatione rei interire usum fructum placet.

Von

C. CHR. BURCKHARDT.

I.

Ohne Dasein der ihm unterworfenen Sache kann ein Sachenrecht weder entstehen noch bestehen bleiben; mit ihrem Untergange muss es erlöschen. Beim Niessbrauch aber, so lehrt man,[1]) gesellt sich zu dieser allen dinglichen Rechten notwendig gemeinsamen Endigungstatsache des interitus rei als fernerer ihm[2]) eigentümlicher Erlöschungsgrund die mutatio rei; der Ususfruct wird nicht bloss durch den Untergang sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der dienenden Sache aufgehoben.

Dieser Gegensatz ist, wenn nähere Erläuterungen fehlen, nicht klar. Sind es Unterschiede der Art oder des Grades? innerlich zweierlei oder ein und dasselbe, bloss verschieden gehandhabt? hier und dort objektiv-absolute begriffliche oder bei der mutatio rei subjektiv-relative rechtsgeschäftliche Schranken? Wenn schon Paulus und Ulpian ihren Zeitgenossen die hier zu erörternde sprichwörtlich concise wahrscheinlich althergebrachte[3]) Parömie durch Beispiele veranschaulichen zu müssen glaubten, so ist die einfache Uebertragung ins Deutsche sicher kaum geeignet, uns ihren Inhalt zu erschliessen. Der Ausdruck ist nicht glücklich; die Antithese des

---

[1]) Windscheid, Pand. § 215 zu Note 2. Brinz, Pand. I 1. Aufl. § 74: hier genügt schon rei mutatio; 2. Aufl. S. 794: schon mit der Umgestaltung. Aehnlich Puchta, Pand. § 190. Deutlicher Keller, Pand. § 183: auch wesentliche Veränderung, durch welche die Sache eine ganz andere Bestimmung erhält; Dernburg, Pand. I § 254: erhebliche Veränderung der dienenden Sache, durch welche die bisherige Art der Nutzung unmöglich wird (vergl. ders. Preuss. Pr. r. I 5. Aufl. § 280 Z. 3 und Sachenr. d. d. R. III 1. Aufl. § 184 Z. 3). Eingehend Sintenis, gem. Civ. r. I 3. Aufl. § 66.

[2]) Die Quellenbeispiele erwähnen nur den Niessbrauch; ob die Regel alle persönlichen Dienstbarkeiten betrifft, soll hier unerörtert bleiben; vergl. Gaius L. 2 rer. cott. D. 7, 1, 8, 3.

[3]) Paul. S. R. 3, 6, 28 und 31; Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 5, 2. D. 7, 1, 71 („veteres").

Digitized by Google

überall wirksamen interitus und der bloss beschränkt relevanten mutatio rei ist zu spitzig; die Quellen verwenden beim Niessbrauch unterschiedslos die eine und die andere Bezeichnung, um Beides zusammen auszudrücken. In den Pandekten zwar fehlt die erste, aber Ulpian erläutert dort unseren Satz z. T. an Schulbeispielen des interitus;[4]) Paulus (Note 3) erwähnt im Katalog der Niessbrauchsendigungsgründe nur die mutatio, umgekehrt nennt Justinian nur den interitus, belegt ihn aber mit Beispielen von mutatio rei.[5]) Der

---

[4]) L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 10, 2: ein landwirtschaftliches Grundstück oder ein Liegenschaftsstück, an dem Niessbrauch vermacht ist, wandelt sich i. f. dauernder Ueberschwemmung in ein stehendes Gewässer; in diesem Falle, und ebenso wenn sich ein Fluss ein neues Bett gräbt, gehen ja auch Eigentum (Pomp. D. 7, 4, 23) und Grundgerechtigkeiten (Javol. D. 7, 4, 24, 1 und 8, 6, 14 pr.) unter; vergl. Gaius D. 41, 1, 7, 5 und 6 (ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma .. speciem fundi mutat) sowie Pomp. D. 41, 1, 30, 3. Ulp. D. 43, 12, 1, 7. Diese Wirkung der mutatio ist also kein Niessbrauchssonderrecht. Ferner Ulp. D. 7, 4, 10, 6: der zu Niessbrauch vermachte Schmuckgegenstand wird in seine Bestandteile aufgelöst oder zu einem Schmuck ganz anderer Art umgearbeitet; das Legat erlischt wie im selben Fall auch das Eigentumslegat, s. den ausführlicheren Tatbestand bei Marcellus D. 34, 2, 6 pr. § 1: wie sollte das Legat fortdauern, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit nam quodammodo extinctum sit (die folgende subjektive Motivierung ist interpolationsverdächtig), vergl. Ulp. L. 7 ad Ed. D. 50, 16, 13, 1: abesse videntur etiam hae quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo, si .. redditae sint.. transfiguratae videri abesse (nach Sab. und Pedius) und Ulp. L. 24 ad Ed. D. 10, 4, 9, 3: mutata forma prope interemit substantiam rei, sowie das exstinctae res vindicari non possunt in der Spezifikationslehre Gaius II 79, Inst. 2, 1, 26. Ferner Ulp. D. 7, 4, 10, 8: aus dem zur Nutzung vermachten Viererzug ist ein Pferd weggestorben, quadriga esse desiit, das Begriffsganze ist nicht mehr im Nachlass vorhanden, es ist untergegangen; vergl. die Ansicht der von Papinian zitierten quidam beim Eigentumslegat einer quadriga D. 31, 65, 1 im Gegensatz zu der nach der Meinung Anderer gewiss auch hier massgebenden Behandlung des Vermächtnisses einer Herde, Inst. 2, 20, 18 und Pomp. D. 30, 22.

[5]) In C. 3, 33, 16, 1 und 2 sagt Justinian bei Abschaffung der kurzen Versitzungszeit und der durch geschickte Rechtsgeschäfte längst kaltgestellten Endigung i. f. cap. deminutio minima: usum fructum .. cadere .. tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu .. tunc eum tantummodo desinere cum usufructuarius vel res pereat et tantummodo eum cum anima vel rei substantia expirare. Die rei mutatio ist hierin inbegriffen, denn 3 Jahre später wird in den Pandekten ihre Wirkung als geltendes Recht vorgetragen und die Inst. geben wenigstens ihren besonders häufig erwähnten Anwendungsfall, die Zerstörung des Niessbrauchshauses, ohne des interitus zu gedenken (2, 4, 3). Beide Rechtsbücher bringen diese Endigungsgründe in der Begriffsbestimmung des Niessbrauchs selber zum Ausdruck. Denn wenn sie an die von Paulus gewiss schon vorgefundene und in D. 7, 1, 1

Digitized by Google

Grund dieser Doppelbenennung ist nach der einen Richtung schon von G. Noodt zutreffend hervorgehoben worden:[6]) Sachuntergang ist stets nur Wandlung, nie restloses Verschwinden; die naturphilosophischen Anschauungen, welche das römische Recht mancherorts so intensiv beeinflussen,[7]) spielen auch in dieser terminologischen

---

aufgenommene Definition usus fructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia in D. 7, 1, 2 die Worte des Celsus anschliessen: est enim jus in corpore quo sublato et ipsum tolli necesse est (ebenso Inst. 2, 4 pr.), so kann dieser Zusammenhang, mit jener Codexstelle verglichen, auf welche die Inst. ausdrücklich hinweisen, nur sagen: als Recht an einer körperlichen Sache (das bedeutet hier corpus, s. Vocabularium I S. 1036 s. III, nicht individuelle Sache, in bestimmter Form individualisierte Substanz, species, forma, wie Einzelne meinen, z. B. Cujaz comm. in tit. de legat. I ad l. 21 und 22, Cont. Ferrini in boll. dell' ist. di dir. Rom. II S. 186; vergl. Ulp. D. 50, 16, 13, 1 oben Note 4, wo corpus = körperlicher Bestand, Substanz) muss der Niessbrauch mit ihrem Untergang notwendig wegfallen, daher besteht er nur bei unversehrter Substanz. Schrader, Inst. h. l., wendet mit Unrecht ein, die Nennung eines Aufhebungsgrundes wäre ein ungeschicktes Definitionselement: steckt nicht auch im „alienis rebus" die Consolidation, im „jus utendi fruendi" die Möglichkeit des Verzichts und der Versitzung? Das enim als blosse Anknüpfung ohne motivierenden Sinn und den Zusammenhang rein äusserlich aus der Blumeschen Anordnungshypothese zu erklären geht doch nur an, wenn eine materielle Erklärung unmöglich ist. Sprachlich lässt sich der abl. abs. so gut auflösen in „wenn und so lange" als in „so dass"; bei Justinians Auffassung fällt die Tautologie weg, welche der von Ulp. Reg. 24, 26 und der herrschenden Ansicht (z. B. Keil A. civ. Pr. 35 S. 363, Karlowa R. Rgsch. II S. 546) eigen ist; uti frui im Gegensatz zu abuti und consumere enthält ja an sich schon, dass die Substanz unversehrt bleibt (D. 7, 1, 15, 1. Karlowa cit. S. 538 fg), in die Kautionsformel ist denn auch dieser Vorbehalt nicht aufgenommen. Dass Justinian das s. r. s. auf interitus und mutatio rei bezogen habe, dafür sprechen auch die weitere Darstellung der einzelnen Endigungsgründe in den Inst., die dort und in den Pand. bald nach Fr. 2 folgenden Worte des Gaius: placuit certis modis exstingui usum fructum et ad proprietatem reverti, sowie die Deutung des Theophilus „ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πρωτότυπα σώζεται πράγματα." Dass die Compilatoren den Satz missverstunden ist wahrscheinlich; ob er mit unserem Problem etwas zu schaffen hat wird später zu erörtern sein; hier war nur festzustellen, dass für die Römer interitus und mutatio nicht Gegensätze im Sinne unserer Lehrbücher sind.

[6]) De usufructu L. II c. 11 in opera T. I p. 405 Cöln 1732. Er zitiert Seneca mor. L. 4 ep. 7 § 10: docebo omnia quae perire videntur mutare, und Ovid Met. 15 v. 165 fg. 252—260: omnia mutantur nil interit. nec perit in toto quicquam mihi credite mundo, sed variat faciemque novat, etc.

[7]) S. u. a. Fischer, das Problem der Identität und der Neuheit S. 52 fg. und bes. Sokolowski, die Philosophie im Privatrecht. Inwiefern umgekehrt mutatio = interitus s. unten zu Note 54.

Digitized by Google

Frage mit. Wenn Noodt aber fortfährt — und Mancher hat es ihm nachgesprochen — nicht jede mutatio genüge, es müsse eine erhebliche sein, quae rei formam plane evertit,[8]) so übersieht er, dass die römischen Juristen das Wort nicht für jede Veränderung sondern in der Regel nur für durchgreifende Umgestaltung gebrauchen; sie erörtern nicht, wann eine mutatio erheblich sei wann nicht, sondern wann sie vorliege wann nicht.

Sehen wir, wie es sich mit diesen Endigungsgründen bei den verschiedenen dinglichen Rechten verhält.

1. Der **Niessbrauch** geht laut den Quellen unter, wenn sein Objekt von folgenden Schicksalen betroffen wird. Ein Wohnhaus (aedes, aedificium, domus, insula) wird i. f. von Brand, Einsturz durch Erdbeben oder Baufälligkeit, Abbruch bis in Grund und Boden, gänzlich nicht etwa bloss teilweise zerstört; es bleibt sich gleich, ob an dessen Stelle ein neues, vielleicht gleichartiges, ja aus demselben Material erstelltes Gebäude, eine Gartenanlage oder was sonst getreten oder der Platz leer gelassen worden ist (area); der Niessbrauch dauert weder am letzteren noch am Abbruchmaterial fort, noch ergreift er den neuen Ersatz.[9]) Ein unbebauter Platz (area) wird gänzlich überbaut,[10]) ein Baderaum (balineum) zu einer Wohnung (habitatio), ein Geschäftslokal (taberna) zu einem Appartement (diaeta) umgebaut,[11]) ein landwirtschaftliches Grundstück (ager) oder ein Liegenschaftsstück (locus) verwandelt sich i. f. dauernder Ueberschwemmung in ein stehendes Gewässer (stagnum) oder in einen Sumpf (palus), ein Garten in

---

[8]) Aehnlich redet Dernburg, Pand. cit. Note 3 von der Unterscheidung der römischen Juristen zwischen erheblicher Veränderung, welche den Niessbrauch endet und unerheblicher, die ihn bestehen lässt.

[9]) Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 5, 2 und D. 7, 4, 10, 1 (aedes ad aream redactae). Paul. S. R. 3, 6, 31; id. L. 15 ad Sab. D. 8, 2, 20, 2; id. L. 2 ad Ed. D. 4, 3, 18, 2. African. L. 5 quaest. D. 7, 1, 36 pr.; Julian. L. 35 Dig. D. 7, 1, 34, 2; Inst 2, 4, 3; Javol. L. 2 epist. D. 7, 1, 53, vergl. Gaius L. 1 de leg. ad Ed. praet. D. 30, 65, 2. Marcian. L. sing. ad form. hyp. D. 20, 1, 16, 2. aedes = Stadthaus: D. 50, 16, 211.

[10]) Ulp. cit. D. 7, 4, 5, 3. Paul. L. 21 ad Ed. D. 8, 5, 9 pr. Afric. cit. Marcian. cit. Area ursprünglich = Dreschtenne, Varro R. R. 1, 13, 5. Colum. R. R. 1, 6, 23. D. 34, 1, 14, 3 und 15, 1, dann = unüberbauter städtischer Boden: D. 50, 16, 211. Franc. Connanus, comm. jur. civ. Bas. 1557 L. 4 cap. 5 und 8. S. aber auch unten Text bei Note 74.

[11]) Ulp. cit. D. 7, 4, 12 pr.

Digitized by Google

ein Flussbett, umgekehrt wird das stehende Gewässer i. f. Austrocknens zur Ackerbestellung geeignet;[12]) ein Wald (silva) wird abgeholzt und wo er stand ein Saatfeld angelegt,[13]) ein Schiff gänzlich abgebrochen,[14]) ein Schmuck (ornamentum) auseinandergenommen oder zu einem ganz anderen Schmuckgegenstand verarbeitet,[15]) aus einem Metallklumpen (massa) werden Gefässe verfertigt, Gefässe werden zu einem Metallklumpen eingeschmolzen,[16]) ein Schauspieler wird zu einer anderen Kategorie der Dienerschaft versetzt;[17]) ein Viererzug (quadriga) büsst durch ersatzlosen Wegfall eines Pferdes seine Existenz ein;[18]) die Herde schmilzt so zusammen, dass dieser Begriff nicht mehr passt;[19]) das Niessbrauchstier ist krepiert, Fell und Fleisch sind nicht Gegenstand des Niessbrauchs.[20]) Dagegen wird mutatio verneint bei Reparaturen von Haus und Schiff, mögen sie auch allmälig zu völlig neuem Bestande geführt haben,[21]) beim Abbruch eines Wirtschaftsgebäudes (villa) oder Abhauen von Bäumen auf einem landwirtschaftlichen Gutkomplex (fundus),[22]) beim Pflanzen von Reben im

---

[12]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10, 2 und 3; Pomp. L. 26 ad Qu. Muc. D. 7, 4, 23. Javol. L. 3 ex poster. Labeonis D. 7, 4, 24. ager und locus: D. 50, 16, 211 und 60 und 115. Niessbrauch an stagnum und palus würde Verwendung als arundinetum (D. 7, 1, 9, 7. D. 33, 1, 12) salictum (D. 7, 1, 9, 7. D. 47. 7. 3, 2 und 3. D. 33, 1, 12) und juncetum zur Kultur von Stecken-Binde- und Flechtmaterial gestatten; vergl. Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 1, 9, 7, wo ager offenbar untechnisch gebraucht ist.

[13]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10, 4.

[14]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10, 7 (Sabinus); „quam sententiam puto veriorem" deutet keineswegs notwendig auf eine Controverse, wie Noodt meint.

[15]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10, 6.

[16]) eod. und 5, verus usus fructus im ersten Fall schwer denkbar. Cassius als Gewährsmann citiert! Nachmalige Wiederherstellung der Becher ist einflusslos, licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse, quorum usus fructus legatus sit: African. L. 5. quaest. D. 7, 1, 36 pr.

[17]) Ulp. cit. D. 7, 4, 12, 1.

[18]) id. cit. D. 7, 4, 10, 8. Paul. L. 3 ad Sab. D. 7, 4, 11. Anders an vier einzelnen Pferden.

[19]) Pomp. L. 4 ad Qu. Muc. D. 7, 4, 31, vergl. D. 47, 14, 3 pr.

[20]) Gaius L. 7 ad Ed. prov. D. 7, 4, 30. Anders beim Niessbrauch an einer Herde; einzelne Tiere, die während dessen Dauer abgehen, verbleiben dem Niessbraucher als Frucht, C. Cassius in D. 7, 1, 70, 2.

[21]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10 § 1 und 7; id. D. 7, 1, 7, 2: repariert der Erbe, obschon dazu nicht verpflichtet, das Niessbrauchshaus, so muss er den Niessbrauch verstatten.

[22]) Ulp. cit. D. 7, 4, 8 und 10 pr. Paul. L. 3 ad Sab. D. 7, 4, 9. Die villa ist in der Regel nur accessio des fundus, sie dient seinen Zwecken; ist ausnahmsweise

Digitized by Google

Kornfeld und Anlage von Saatfeldern im Rebberg,[23]) endlich beim Niessbrauch an einem Vermögen; brennt das Haus, das zu demselben gehört, ab, so kann nun der Niessbraucher den leeren Platz nützen.[24])

2. Die **anderen dinglichen Rechte.**

A. Realservituten.[25]) Auch Prädialservituten können ausschliesslich zu Gunsten einer bestimmten Kultur- und Nutzungsart des herrschenden Grundstücks errichtet werden, so dass sie mit Aenderung derselben, unbestimmt ob und wann, wenigstens exceptionsweise aufhören; im Zweifel ist dies aber nicht als Willensmeinung der Parteien anzusehen, mögen sie auch bei der Servitutbestellung das herrschende Grundstück nach seiner gegenwärtigen Kultur, z. B. als Weinberg bezeichnet haben; vielmehr ist anzunehmen, dass die Servitut dem Grundstück schlechthin zugedacht sein sollte.[26]) Und wenn bei Bestellung eines Dachtraufenrechts ein bestimmtes Gebäude als herrschend oder ein vorhandener Zustand als rechtlich geschützt genannt worden ist, so ist die Servitut doch im Zweifel nicht in grammatikalisch-wörtlicher Auslegung der

---

das Umgekehrte der Fall (villa urbana? oder selbständige Parzelle lediglich zu Zwecken einer bestimmten villa bebaut?) so ändert auch hier der Abbruch der villa nichts an der Tatsache, dass der fundus seine individuelle Existenz behält. Ueber fundus und villa vergl. D. 50, 16, 60 und 115.

[23]) Ulp. cit. D. 7, 4, 10, 4. Anders Marcian cit. D. 20, 1. 16, 2, wenn auf dem locus Rebberge angelegt worden sind. Siehe unten Note 43.

[24]) Julian L. 35 Dig. D. 7, 1, 34. 2.

[25]) Früher hat man sich etwa über die ungleiche Behandlung der Real- und der Personalservituten, als eines und desselben Rechtsinstitutes, gewundert, so v. Kreittmayr, Anmerk. z. Cod. Max. Bavar. II S. 1523: „der Grund des diesfalsigen Unterschieds ist zwar nicht begreiflich; indessen hat er seine gute Richtigkeit und ist der Buchstaben des Gesaz gar zu klar, als dass er eine andere Auslegung gestatten sollte.“ Man übersah, dass die Zusammenfassung des Niessbrauchs und seiner Modifikationen einer- der jura praediorum andrerseits unter dem Oberbegriff der Servituten nichts ursprüngliches, sondern erst den Juristen seit Pomponius, wenn nicht gar erst den Kompilatoren zuzuschreiben ist, die in Ausserachtlassung der grossen inneren Verschiedenheiten äusserlich an die Gleichheit des Rechtsmittels hier und dort anknüpften, während die klassischen Juristen beide Kategorien scharf gegensätzlich zu behandeln pflegen. Ersteres Voigt, R. Rgsch. II § 109; letzteres Longo, boll. d. ist. d. dir. rom. 11 S. 281 fg.

[26]) Javolenus L. 10 ex Cassio D. 8, 3, 13 pr.: certo generi agrorum adquiri servitus potest, velut vineis, quod ea ad solum magis quam ad superficiem pertinet, ideo sublatis vineis servitus manebit; sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria. Anders Schirmer, Zschr. f. Rgsch. 12 S. 170.

Digitized by Google

Willenserklärung, wie sie beim Niessbrauch stattfindet, eng auf dieses bestimmte Gebäude zu beschränken, so dass sie mit seinem Abbruch erlöschte, sondern in vernünftiger Erwägung des wahren Parteiwillens, der normalerweise auf Dauer bemessenen Zwecke und Bedürfnisse, die zu solchen Beredungen führen, auch auf einen gleichartigen Neubau zu erstrecken; es handelt sich bei einem solchen hier nicht wie beim Niessbrauch um Sachneuheit sondern um Sachidentität.[27]) Werden Trauf- und Wegerecht durch Bauten auf dem dienenden Grundstück lahmgelegt, so kann der Berechtigte vor und nach der Vollendung des Baus die a. confessoria anstellen; der Niessbraucher kann dies nur bis zur Fertigstellung, denn mit ihr hat er den Niessbrauch also auch die dingliche Klage verloren; er kann nur noch obligationenrechtlich Ersatz begehren.[28]) Ebensowenig wie bei den Realservituten wird

B. beim Pfandrecht eine etwaige individualisierende Bezeichnung des Objekts streng äusserlich-wörtlich ausgelegt; ist als solches bei der Verpfändung ein bestimmtes „Haus" oder „Stück Land" genannt, so erlischt die Sicherheit nicht, wenn jenes in einen Garten, dieses in ein Haus, einen Weinberg umgewandelt worden ist; geht das Gebäude zu Grunde, so dauert das Pfandrecht an Grund und Boden fort und ergreift auch ein neu erstelltes Haus.[29]) Das wird alles noch objektivierender ausgesprochen als bei den Realservituten; gewiss aber ist auch hier der regelmässige Zweck des Pfandrechtes massgebend; es soll dem Gläubiger grösstmögliche Deckung gewähren.

C. Die Zähigkeit und Attraktionskraft des Eigentums zeigt sich in seinem Fortbestehen an den Trümmern[30]) und in der Energie, mit der es nicht nur Inkorporationen wie die alluvio absorbiert

[27]) Paulus L. 15 ad Sabinum D. 8, 2, 20, 2: si sublatum sit aedificium ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intellegatur: nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii. cf. D. 8, 2, 17, 3.

[28]) Das Nähere s. unten, Text zu Note 74 fg. Julian bei Paulus L. 21 ad Ed. D. 8, 5, 9: ..si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, jus sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quod si jam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere jus sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo dandam actionem hoc casu Julianus ait.

[29]) Paul. L. 6 brevium D. 13, 7, 21. Marcian. L. sing. ad form. hyp. D. 20, 1, 16, 2. Paul. L. 5 resp. D. 20, 1, 29, 2.

[30]) Celsus L. 18 Dig. D. 6, 1, 49, 1: meum est, quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.

Digitized by Google

sondern auch selbständige Sachen wie die neu entstehende Flussinsel und das verlassene Flussbett an sich reisst, während der Niessbrauch zwar nicht an der allmälig und ohne erkennbare Demarkationslinie sich angliedernden alluvio wohl aber an der Flussinsel (und wohl auch am Flussbett), da sie als eigenes Grundstück behandelt wird, ausgeschlossen ist.[31])

D. Eigentumsvermächtnis. *a)* Fälle, wo Zufall oder Dritthand die vermachte Sache treffen. Das Vindikationslegat eines Hauses erlischt mit dessen Abbrennen nicht; der Bauplatz kann vindiziert werden.[32]) Das wäre gar nicht in Frage gestellt, wenn das Testament von „Liegenschaft" od. dergl. gesprochen hätte; Eigentum bloss an der Superficies aber ist nicht möglich, daher ist die Verfügung umfassender auszulegen. Das Herdenvermächtnis erlischt nicht, wenn auch nur ein Tier übrig bleibt; mag auch der Begriff der Herde verschwunden sein, so fordert der favor testamenti, dass die Zuwendung des Vollrechts wenigstens so umfassend als möglich verwirklicht werde.[33]) Insoweit also anders wie beim Niessbrauch; dagegen Uebereinstimmung beim Vermächtnis eines Tiers; stirbt es, so wird der Leichnam nicht geschuldet.[34]) Legatar und Fideikommissar erhalten nicht nur die alluvio sondern auch die insula in flumine nata.[35]) *b)* Wie es sich bei Aenderungen seitens des Erblassers verhält[36]) ist hier nur an Hand der Durchschnitts-

---

[31]) Pegasus bei Ulpian L. 17 ad Sab. D. 7, 1, 9, 4: esse enim veluti proprium fundum, cujus usus fructus ad te non pertineat, wozu Ulp.: ubi latitet incrementum, et u. f. augetur, ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit. Dass Paul. S. R. 3, 6, 22 für die alluvio nichts abweichendes bestimmen sondern erörtern will, wer sie zu eigen bekomme, zeigt die Begründung; fundum ist daher zu streichen.

[32]) Pomp. L. 5 ad Sab. D. 30, 22. Hier handelt es sich nicht um ein vom Erblasser herbeigeführtes Ereignis, Rücksichten auf mutata voluntas spielen also nicht mit; der röm. Erblasser, der noch keine Brandversicherung kennt, hat kein Interesse an Brandstiftung. Sokolowski cit. S. 354.

[33]) Inst. 2, 20, 18. Pomp. cit. Sokolowski cit. S. 66 fg. begründet dies u. a. mit dem Note 30 cit. Ausspruch des Celsus; wie stimmt das zu D. 31, 49? — Ueber quadriga s. oben Note 4.

[34]) Der Grund ist ein rein begrifflicher, angeblicher Substanzwechsel, s. Aristoteles Meteorologica ed. Ideler 4, 12, 4, 6. Paul. L. 5 ad l. Juliam D. 31, 49 pr. cf. Inst. 2, 1, 26. D. 13, 1, 14, 2. D. 30, 53, 5.

[35]) Pomp. L. 5 ad Sab. D. 30, 24, 2; id. L. 1 fideic. D. 32, 16. Ueber inundatio und alveus mutatus s. Note 4.

[36]) Unsere Texte stellen hier stets wieder in auffälliger Breite und oft dekadenten Sprachwendungen auf die subjektive Willensmeinung des Testators ab, bald

Digitized by Google

entscheide zu erwähnen, bei denen eine abweichende Meinung des Erblassers weil unerwiesen oder unerheblich ausser Betracht fällt. Bricht er das vermachte Haus oder Schiff gänzlich ab, so erlischt das Legat und erstreckt sich nicht auf etwaigen Ersatz;[37]) überbaut er den vermachten Bauplatz, so kann dieser in seiner neuen Gestalt vindiziert werden;[38]) nimmt er vom vermachten Gutskomplex

schlechthin, bald so, dass sie nur, falls jene nicht nachweisbar sein sollte, ihren Entscheid treffen, wobei aber der lose angehängte Satzbau mitunter merkwürdigerweise die sekundäre Durchschnittslösung für Zweifelsfälle an erster, den primär massgebenden Willen an zweiter Stelle erwähnt. Diese Umstände und die Tatsache, dass jener Hinweis auf die alia mens und die mutata voluntas bisweilen wieder gänzlich fehlt (z. B. D. 31, 39; D. 32, 88 und 79 § 2), u. A. m. hat Gradenwitz den Beweis für eine Reihe von Interpolationen geliefert; seitdem steht dem Zweifel, wie weit bereits die ursprünglichen Texte jene subjektive Auffassung vertraten, Tür und Tor offen. Natürlich haben schon die klassischen Juristen dem Willen des Erblassers Rechnung getragen; fraglich ist bloss, einmal, ob sie nur auf den an Hand genereller fester (im Einzelfall den Absichten des Testators vielleicht sehr wenig entsprechender, aber Ungewissheit Prozesse und Richterwillkür ausschliessender) Regeln ermittelten typischen Willen abstellten oder auch auf den konkreten individuellen, und sodann, wenn letzteres, wie sie diesen Willen zu erweisen gestatteten. In jener Richtung ist es schon in klassischer Zeit hier wie anderswo nach lebhaftem Kampf zum Sieg der subjektivierenden über die objektivierende Auslegung gekommen; die grosse Neuerung der Kompilatoren liegt wohl in der zweiten Richtung; zur Ermittlung der Bedeutung solchen Handelns des Erblassers soll auf alle irgendwie schlüssigen Momente abgestellt werden, nicht allein auf die Worte des Testaments. Vergl. Gradenwitz, Interpol. S. 170 fg. Sokolowski cit. S. 101; 277 fg. und Note 579; radikaler Ferrini cit. S. 243 fg.

[37]) Haus: Gaius L. 1 de leg. D. 30, 65. 2 (Schlussworte interpoliert, Grad. cit. S. 214) vergl. Scaevola L. 22 Dig. D. 33, 7, 7, wo „ea in quibus voluntas mutata esset" auf eine Frage mit einem Rätsel antwortet. — Schiff: Paul. L. 5 ad l. Jul. D. 32, 88, 2; anders carina eadem manente, Pomp. L. 5 ad Sab. 30, 24, 4 cf. Julian D. 6, 1, 61. Niessbrauch: oben Note 9 und 14. Spiritualisiert ist der Begriff bei der obligatio: Paul. D. 45, 1, 83, 5. — Reparaturen von Schiff und Haus zerstören so wenig das Eigentums- als das Niessbrauchsvermächtnis (jenes Pomp. cit. D. 30, 24, 4. Gaius cit. D. 30, 65, 2. Alfen. L. 6 Dig. D. 5, 1, 76; dieses Ulp. D. 7, 4, 10, 1 und 7; über diese von der griechischen Philosophie hergeholten Schulbeispiele s. Sokolowski S. 36 fg., 335 fg., 353 fg.); ebenso wird bei Abgang und Ergänzung der Herde (Inst. 2, 20, 18. Pomp. cit. Note 32. Ulp. L. 15 ad Sab. D. 30, 21; cf. Paul. D. 7, 4, 11) und beim Wechsel von Vermögensteilen der Begriff der Herde, des Vermögens nicht aufgehoben; dieser Wechsel in der Einheit ist in ihren normalen Funktionen begründet; beim Vindikationslegat der Herde wird er ausdrücklich hervorgehoben, weil z. Zt. der Testamentserrichtung die capita substituta in der Regel noch nicht in des Erblassers Eigentum stunden (Gaius II 196).

[38]) Ulp. L. 22 ad Sab. D. 30, 44, 4. Javolen. L. 3 ex Cassio D. 31, 39 enthält den bei Ulp. cit. § 2—4 ermüdend wiederkehrenden Vorbehalt der voluntas mutata

Digitized by Google

Stücke weg oder fügt er ihm solche zu, so mindert oder mehrt sich das Legat;[39]) vermacht er seine Becher oder sein unverarbeitetes Metall und schmilzt jene ein oder verarbeitet dieses zu Bechern, so bleibt das Legat bestehen.[40]) Wird der durch seinen Hausdienst oder sein Handwerk bezeichnete vermachte Sklave nachmals zu anderem Dienst oder Handwerk verwendet, so wird wie beim Niessbrauchslegat entschieden.[41])

II.

Neben mancher Uebereinstimmung ergeben sich also auch erhebliche Unterschiede in der Endigung dinglicher Rechte. Eigentum und in der Regel Realservitut und Pfandrecht ergreifen die Sache intensiver als der Niessbrauch; sie bleiben an den Sachtrümmern bestehen und ziehen die Accessionen meist energischer unter ihre Herrschaft. Auch das Eigentumslegat ist gegen nachmaligen Wechsel, der eine andere Benennung der Sache zur Folge hat, im ganzen unempfindlicher; doch wird bei ihm wichtig, von wem der Wechsel insceniert wurde: ob vom Erblasser oder sonst woher. Beim Niessbrauch dagegen wird dieser Unterschied sachenrechtlich nicht hervorgehoben; nirgends wird, wie beim Eigentumslegat so häufig, die

---

so wenig als Paul. L. 5 ad l. Jul. D. 32, 88; die beliebte Vereinigung mit dem abweichenden Entscheid von Celsus L. 9 Dig. D. 32, 79, 2: hier liege anders geartetes Vermächtnis oder Ademtionswille vor, ist zweifelhaft, der Vergleich mit dem freigelassenen und wieder versklavten Knecht spricht nicht dafür.

[39]) Pomp. L. 5 ad Sab. D. 30, 24, § 2, 3: quasi fundi Titiani esse desierit, cum nostra destinatione fundorum nomina . . constituerentur. . . ademptum. id. L. 2 ad Sab. D. 30, 8 pr. Paul. S. R. 3, 6, 49.

[40]) Julian und Ulp. in Ulp. L. 22 Sad ab. D. 30, 44, 2. Paul. D. 32, 88, 3. Ebenso wenn eine vermachte Schüssel eingeschmolzen und daraus Becher gemacht worden sind: Ulp. D. 30, 44, 3. Vermacht er „das Gold," „das Silber," so berührt nachmaliges Einschmelzen von Gefässen aus diesen Metallen das Legat nicht (Ulp. L. 22 ad Sab. D. 32, 49, 5. id. L. 20 ad Sab. D. 34, 2, 19. Paul. L. 2 ad Vitell. D. 32. 78, 4: quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires ejus effugiant. Anders Paul. S. R. 3, 6, 85 und 88; hier will er im Zweifel nur unverarbeitetes Metall darunter verstehen: vasa, quae proprio nomine separantur, legato non cedunt; sed magis est, esse voluntatis quaestionem.

[41]) Marcian L. 7 inst. D. 32, 65, 1. Alfen. L. 8 Dig. a Paulo epitom. D. 32, 61. cf. Cujaz, observ. et emend. L. 9 c. 17. Die Gründe der Entscheidungen liegen nicht überall klar. Hier und dort würde das Legat fortbestehen, wenn nicht „der Schauspieler Stichus" sondern „der Sklave Stichus" vermacht und hernach anders verwendet würde.

Digitized by Google

mens testatoris vorbehalten. Ferner ist beim Niessbrauch der Zusammenhang zwischen Namenswechsel und Rechtsuntergang besonders eng,[42]) die Schlüssigkeit jenes Momentes besonders peinlich durchgeführt und bereitwillig anerkannt. Auf welchen Namen kommt es nun aber an? Auf den der Sache ihrer Natur und der Verkehrsanschauung nach zukommenden oder auf die Parteibenennung? Häufig trennt man nicht und stellt auch den ersten Fall hieher. Hiebei übersieht man, dass unsere Belege für mutatio beim Niessbrauch in der Mehrzahl, und in der sedes materiae, Ulpian L. 17 ad Sabinum D. 7, 4, 5, 2 fg., eod. fr. 8. 10. 12 durchweg, ausdrücklich oder dem Zusammenhange nach von Niessbrauchslegaten sprechen und den präzisen Wortlaut der Verfügung wiedergeben. Es handelt sich um strikte Auslegung der im Bestellungsakt dem Niessbrauchsobjekt gegebenen Bezeichnung. Trifft diese (sie ist oben S. 62 fg. sub 1 gesperrt gedruckt) nicht mehr zu, so liegt mutatio vor; umgekehrt ist mutatio ausgeblieben, wenn jener Name erhalten blieb.[43]) Gewiss ist dies nur ein äusseres Kriterium,

---

[42]) H. Donellus, comm. 10 c. 18 § 4. Greg. Majansius, disp. juris T. 1 D. 2 § 33: quodnam indicium habebimus interitus rei? mutationem, scil. nominis. Connanus, cit. oben Note 10. Noodt, cit. oben Note 6. Hoffmann, Lehre v. d. Serv. 2 S. 180. Elvers, röm. Serv.-Lehre S. 761.

[43]) Der überbaute Bauplatz ist zum Gebäude, das Haus, wenn bis auf Grund und Boden und nicht bloss zum Teil zerstört, zu Bauplatz, Trümmern und Baumaterialien, das Bad zur Wohnung, das Schiff zu Brettern u. s. w., der Acker zum Sumpf, der Wald zum Saatfeld, der Metallbarren zu Gefässen, quae proprio nomine separantur, der Schauspieler zu einem Diener anderer Kategorie, das Tier zum Kadaver geworden, Herde und Viererzug haben infolge numerischer Reduktion diese Bezeichnung eingebüsst. Dagegen das Vermögen bleibt Vermögen und der bestimmte Gutskomplex heisst und bleibt fundus Cornelianus, mögen auch noch so einschneidende Aenderungen in ihrem Bestand vorgekommen sein, z. B. Abbrennen eines Hauses, Abbrechen des Wirtschaftsgebäudes, Abhauen von Bäumen, und, fügen wir bei, teilweises Ueberbauen von Grund und Boden, einschneidende Kulturänderungen; ebenso muss es sich mit dem Niessbrauch „an einem Haus" verhalten, wenn dieses gleich in wichtigen Stücken umgebaut worden ist z. B. an Stelle der Baderäume Schlafzimmer, statt der Ladenräume Wohnungen erhalten hat (so richtig Connanus cit. L. 4 c. 5 § 10 zu D. 7, 1, 36 pr.; irrig Schirmer in Zschr. f. Rgesch. 12 S. 172); bezeichnend ist Javolen. L. 2 epist. D. 7, 1, 53, Niessbrauchslegat an insula: quamdiu quaelibet portio ejus insulae remanet totius soli usum fructum retinet, cf. Paul. L. 5 ad Plautium D. 18, 1, 57, 1: si quantacumque pars aedificii remaneat, stare venditionem; weder auf die objektive noch auf die vom Erblasser subjektiv zugedachte wirtschaftliche Nutzbarkeit der Sache zu Vermietungs- und Wohnzwecken wird dort Gewicht gelegt (sie kann bei dieser Sachlage gänzlich fehlen)

Digitized by Google

ein Schluss ex post auf die mutatio,[44]) eine Folge ihres Eintretens oder Ausbleibens; massgebend ist aber eben nicht das ursprüngliche Wesen der Sache als solches sondern die im Rechtsgeschäft zu dessen Charakterisierung gewählte Bezeichnung.

---

sondern nur darauf, dass der Begriff, der Name insula, domus nicht untergegangen ist, so lange noch ein Teil steht, der auf den ursprünglichen Zustand hinweist, wenn auch nur die Fundamente, ähnlich wie beim Schiff der Kiel. Die Probe auf den Namen stimmt überall: der auseinandergenommene Schmuck ist in Metall und Edelsteine, das ornamentum transfiguratum aus einem Schmuckgegenstand bestimmten Namens zu einem anders genannten umgewandelt worden (vergl. Marcellus D 34, 2, 6 pr. § 1: uniones et hyacinthos in aliam speciem ornamenti convertisse; Paul. S. R. 3, 6, 84; Ulp. L. 44 ad Sab. D. 34. 2, 25, 10 und 11); Viererzug, Herde, Haus und Schiff behalten ihren Namen, wenn Ersatzpferde eingefahren, Lücken ausgefüllt, successive, wenn auch mit dem Enderfolg der Totalerneuerung, Reparaturen vorgenommen worden sind. Schwierigkeiten macht nur D. 7, 4, 10, 4: non tamen, si arvi usus fructus legetur et ibi vineae sint positae vel contra, puto extingui. Im Gegensatz zum ausgerodeten Wald, an dessen Stelle Kornfelder angelegt worden sind (certe, sine dubio extinguitur) schwankt hier Ulpian (puto). Marcian nimmt D. 20, 1, 16, 2 mutatio an: loco dato vineis in eo positis; woher der Unterschied und was bewegt Ulpian schliesslich zur Verneinung? Der landläufige, der agriculturtechnische und der steuerrechtliche Sprachgebrauch trennt doch in der Regel scharf zwischen arvus, arvum, auf dem Körnerbau, und vineae, vineta, auf denen Weinbau getrieben wird (Cicero de senect. 15, 54: segetibus et pratis et vineis et arbustis; Plinius H. N. 18, 4, 24: apud Romanos multo serior vitium cultura esse coepit, primoque, ut necesse est, arva tantum coluere; Quintilian inst. 1, 12, 7: cur non idem suademus agricolis, ne arva simul et vineta et oleas colant; ferner script. rei rust und die Rubriken der Grundsteuerrollen zu Ulpians Zeit Ulp. L. 3 de cens. D. 50, 15, 4 pr.: Deklarationspflicht und Eintrag, wie viel jugera arvum, wie viel pratum in annos decem proximos satum et sectum erit, wie viel Weinstöcke in der vinea, wie viel jugera und Bäume im Olivenhain, wie viel jugera pascua und silvae caeduae, s. M. Weber, röm. Agrargeschichte S. 193 fg.) Aber mitunter wird arvum nicht nur in einem weiteren, die Weinberge mitumfassenden Sinn, sondern direkt für Weinberg gebraucht, nicht nur von Dichtern, was nichts beweist, sondern auch von Fachschriftstellern (Varro R. R. 1, 7, 2: maiores nostri ex arvo aeque magno male consito et minus multum et minus bonum faciebant vinum et frumentum. Colum. ed. J. G. Schneider R. R. 3, 3, 2: veterem illam. . felicitatem arvorum, worin die Weinberge dem Zusammenhang nach inbegriffen sind. Plinius H. N. 14, 1, 14: in Africa et Narbonensis provinciae partibus (vites) herbarum modo vagantur per arva; s. Thesaur. s. v. arvus I A c). Das rührt wohl daher, dass trotz der Warnung anderer Fachleute (Cato 33, 3: quod granum capiat ne serito; Pallad. 4, 7, 1 und Colum. R. R. 4, 5 selber bezeichnen Gras als schädlich und dringen auf häufiges Umgraben; nur Lupinen sollen im Weinberg gesäet und behufs Düngung untergegraben werden: Col. 2, 10, 1; Pallad. 9, 2; sowie bei alten mageren Reben gewisse Futterkräuter: Cato cit.) nach Colum. de arb. 4, 2 und 16, 2; id. R. R. 5, 6, 11 und 5, 7, 3 in Italien, wie das heute noch geschieht, zwischen den die Reben tragenden

Digitized by Google

Man hat gesagt, die anderen Sachenrechte hafteten an der substantia, dem Stoff, der Niessbrauch an der species, der äusseren Sacherscheinung.[45]) Ferrini hat dies mit Recht bekämpft;[46]) unzutreffend dürfte aber (abgesehen von der zu scharfen Antithese) weniger jene Auffassung des Niessbrauchs als der ihr verliehene Ausdruck sein; unzureichend ist es auch, wenn Sintenis (oben Note 1) sagt, die Personalservitut erscheine streng auf das ursprüngliche Objekt berechnet, und wenn Fitting ausführt, der Niessbrauch hafte an bestimmten Eigenschaften der Sache und müsse daher durch deren Wegfall aufgehoben werden, auch wenn die

---

Bäumen Fruchtbau getrieben wurde und werden konnte, falls die Reben weit auseinander gepflanzt waren (Nissen, ital. Landeskunde I S. 453 zu allgemein; Pauly-Wissowa s. v. Ackerbau I S. 276; ebenso, ohne Beleg, vielleicht auf Grund eigener Anschauung, die Glosse ad h. l.). Nach Col. R. R. 3, 11 ist vacuum arboribus arvum der zweitbeste Boden zum Anlegen von Rebpflanzungen. Unterstützend wirkte zu jenem Sprachgebrauch vielleicht mit, dass auch der Weinberg, wenn weit auseinandergepflanzt, gepflügt (arare arvus) und nicht mit dem bidens bearbeitet wurde (Col. de arb. 4, 2; id. R. R. 3, 13, 3; 5, 5, 3; 5, 7, 4. Cato 33, 2. Varro 1, 8, 5. Pallad. 2. 10. 2; 3, 20, 1). Zieht man diese Kulturweise und die durch sie erklärte Verwendung von arvus für vinea sowie die Tatsache in Betracht, dass vinea Rebberg und Weinstock heissen kann, so wird Ulpians Verlegenheit und sein Entscheid verständlich: der Name hat gewechselt, aber der neue kann besagen was der alte; im Rebberg sind Saaten, in den Saaten Reben, keiner der beiden Begriffe schliesst den andern aus. Dernburg, Pand. I § 254 Note 3 und Karlowa, R. Rgsch. 2 S. 546 treffen mit ihrer Kontroverse das wesentliche nicht; weder läuft die Unterscheidung in Willkür aus, noch beruht sie auf der praktischen Erwägung, die Veränderung von Ackerland in Weinland sei blosse Veränderung der Benützung, weil sie sich leichter rückgängig machen lasse als die Niederlegung eines Waldes und seine Umwandlung in Saatland; der Wald lasse sich erst nach langen Jahren allmälig wieder herstellen. Diese wirtschaftlich-moderne Deduktion schätzt das Wort nicht hoch genug.

[44]) Noodt, cit.: forma plerumque a nomine tamquam a posteriore intelligitur, und der dort cit. Tertullian de carne Christ. 2 c. 13: fides nominum est salus proprietatum, etiam cum demutantur qualitates accipiunt vocabulorum possessiones. Hoffmann in Grünh. Zschr. 23 S. 438. Bechmann, A. C. P. 47 S. 25 fg. Fitting, eod. 48 S. 9. Czyhlarz bei Glück Buch 41 I S. 251. Sokolowski, cit. S. 76.

[45]) Czyhlarz cit. S. 277/8. Bechmann, A. C. P. 47 S. 39. Leist, Natur des Eigentums S. 127. Aeussere Stütze Julian D. 7, 1, 34, 2, wobei aber die Worte „usus fructus specialis aedium legatus d. h. am Haus als solchem" übersehen werden. Unter Herleitung aus salva rerum substantia Karlowa, R. Rgsch. 2 S. 546, s. unten Note 61. Gut Perrozzi, boll. d. ist. di dir rom. 3 S. 236.

[46]) boll. 2 S. 200 fg. Gegen das Haften an der substantia spricht u. a. die Sachidentität bei Totalerneuerung durch Reparaturen, die Sacheinheit bei Totalauflösung und Wiederaufbau aus demselben Material, sowie D. 13, 7, 18, 3 (Cassius!).

Digitized by Google

Sache selbst noch fortdaure.[47]) Zutreffender ist die Nuancierung von Bremer und Ferrini, er ergreife die Sache nicht unbestimmt sondern nach ihrer konkreten Individualität, sie sei Niessbrauchsobjekt in bestimmter Eigenschaft, also nur wenn und so lange die Möglichkeit dieser ursprünglichen Gebrauchsbestimmung bestehe.[48]) Nur ist dies durch folgende Erwägungen zu ergänzen. Wenn Aristoteles von jedem Begriff sagt: ἅπαντα ἐστὶν ὡρισμένα τῷ ἔργῳ, so trifft dies in besonderem Masse bei einer Benennung zu, die eine Sache nicht allgemein und allseitig bezeichnet, sondern nach bestimmten Funktionen charakterisiert; sie legt offenbar auf eben diese spezielle Betätigung und Gebrauchsbestimmung besonderes Gewicht. Verwenden nun die Parteien (ursprünglich ist wohl einzig, später überwiegend an letztwillige Verfügungen zu denken) bei Begründung des Niessbrauchs, bei dem es sich ja eben um Zuwendung des Gebrauchs und Nutzens, den die Sache bietet, handelt, ein solches individualisierendes Wort zur Bezeichnung des Niessbrauchsobjektes, so bestimmt sich die Art jenes Rechtes und die Möglichkeit seines Entstehens und Bestehenbleibens nach jener typischen Wortbedeutung. Einen abweichenden Privatsprachgebrauch ziehen die römischen Juristen hiebei nirgends in Betracht; die Kämpfe, die in anderen Gebieten in so überaus interessanter Weise zwischen der ursprünglich einzigen Auslegung nach dem objektiv generellen Wortsinn und der mehr und mehr Berücksichtigung heischenden Deutung nach Meinung und individueller Redeweise des Sprechenden ausgefochten worden sind,[49]) haben hier keinen Tummelplatz ge-

[47]) Fitting A. C. P. 48 S. 157.

[48]) Bremer, Pfandr. und Pfandobj. S. 148. Ferrini oben Note 46. Noodt, cit.: usus fructus rei non qualisqualis sit legatur. Stammler, Niessbrauch an Ford. S. 167. Schirmer, Zschr. f. Rgsch. 12 S. 172: „die bestimmte Art des Gebrauchs und der Verwertung, welche die Parteien bei Konstituierung des Niessbrauchs im Auge hatten." Besser wäre zu sagen: welche der von den Parteien bei Konstituierung des Niessbrauchs gewählten Benennung der Niessbrauchsache eigen ist.

[49]) S. den den neueren Postulaten theoretisch nicht abgeneigten praktisch aber in der Hauptsache mehr konservativen Servius (non ex opinione singulorum sed ex communi usu nomina exaudiri debere), den radikalen Tubero (quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? .. non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit quo id appellari solet. nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse quod non mente agitaverit; cf. Tubero in D. 34, 2, 32, 1) und den sorgfältig abwägenden aber durch ein an die Erklärungstheorien gemahnendes Argument zur Parteinahme für Servius bestimmten Celsus D. 33, 10, 7, 2 und im selben Sinn Labeo, Ofilius, Cascellius bei Javolen D. 33,

Digitized by Google

funden. Wer dem Niessbraucher freieren Spielraum geben will wähle eine elastischere weitergefasste Benennung,[50]) oder er sichere den Niessbrauch gegen Untergang, der aus mutatio rei droht, durch repetitio in eventum solcher Zwischenfälle,[51]) genau so wie er den aus mutatio familiae i. f. cap. dem. minima des Usufructuars resultierenden Verlust, seitdem man ihn als lästige Fessel empfindet, durch kluge Vorsichtsmassregeln abwenden kann,[52]) ein Hilfsmittel, das allerdings nach beiden Richtungen evident erst in einem späteren Entwicklungsstadium ausgebildet worden ist. Der gewählte Ausdruck wird wichtig, wenn der Niessbrauch klage- oder defensionsweise geltend gemacht wird. Da muss dessen Objekt so gut spezialisiert werden wie bei der Geltendmachung von Eigentum;[53]) bei der Beweisführung aber kommt der Bestellungsakt und die Bezeichnung, die das Niessbrauchsobjekt dort erhalten hat, in Frage; weicht diese von dem Namen, der der nun vorhandenen Sache zukommt, ab, so ist der Streit entschieden, da peinlich wortgenau ausgelegt wird: die Sachindividualität, wie sie gekennzeichnet war, ist nicht mehr da, sie ist untergegangen, also ist auch der an ihr eingeräumte Usufruct nie entstanden oder untergegangen; cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit nam (immo?) quodammodo exstinctum sit, kann man auch hier mit Marcellus D. 34, 2, 6, 1 sagen. Was man beim Niessbrauch erhebliche Veränderung nennt ist also nichts als interitus, sei es des Körpers selbst,

---

10, 10. Pomp. bei Ulp. D. 30, 4 pr.: rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia; dagegen Marcellus D. 32, 69, 1: non in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur; ebenda pr. allerdings: non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.

[50]) Z. B. „Liegenschaft" statt Haus oder Bauplatz, „Sklave S." statt Schauspieler S. „Rinder" statt Herde. Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 1, 9: ist der Niessbrauch eines fundus legiert, so ist Frucht quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest; daher können auch nachmals gefundene Metalladern ausgebeutet werden, cum totius agri relinquatur u. f. non partium.

[51]) Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 5 pr.: repeti potest legatus usus fructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte . id. L. 79 ad Ed. D. 7, 9, 3, 2.

[52]) Benützung des annuum legatum, Vermächtnis auf Lebenszeit oder bestimmte Zeitdauer, ausdrückliche repetitio für den Fall der cap. dem. oder irgend einer amissio. Krüger, Gesch. der cap. dem. I S. 23 fg.

[53]) Paulus D. 6, 1, 6: appellatio rei non genus sed speciem significat. Vergl. Sokolowski cit. S. 76.

Digitized by Google

sei es der durch bestimmten nun verloren gegangenen Namen im Bestellungsakt charakterisierten Individualität der Niessbrauchssache.[54])

Wo ist nun aber der Grund für dieses strictius interpretari, wie es Paulus D. 8, 2, 20, 2 als für den Niessbrauch im Gegensatz zu der Behandlung der Realservituten typisch hervorhebt, für diese starre wortgetreu-restriktive dem Niessbrauch so ungünstige Auslegung seines Bestellungsaktes zu suchen? Die römischen Juristen beschäftigen sich, von vereinzelten gelegentlichen Aeusserungen abgesehen,[55]) nicht mit dieser Frage, sie konstatieren bloss die Tatsache und würden auf ein warum? vielleicht ihr resigniertes: non omnium quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest geantwortet haben. Die spätere Literatur aber forscht emsig nach der Begründung; Brinz hat in seiner scharfen knappen Weise die zwei Antwortmöglichkeiten gegenübergestellt: besondere Natur der Personalservitut oder Absicht ihrer Konstituierung,[56]) und diesem exklusiven entweder oder, das er selber im zweiten Sinne entscheidet, hat die neuere Literatur beigepflichtet. Was bedeuten diese Schlagworte und sind sie in der Tat notwendig gegensätzlich?

Der vereinzelte Versuch Bechmanns,[57]) die Bestimmungen über mutatio beim Niessbrauch aus dem Spezifikationsrecht zu erklären und für dasselbe zu verwerten, hat mit Recht keine Nachfolge gefunden.[58]) Häufiger werden sie aus der im Wesen des Niessbrauchs liegenden Beschränkung hergeleitet, welche in den Worten der Legaldefinition: „salva rerum substantia“ der

---

[54]) S. Note 6 fg. und Text dazu. Gut Ferrini cit. S. 204, die landläufige Meinung, es handle sich bei unserem Rechtssatz um eine Sonderbestimmung, sei falsch. In der Tat steht nur eine verschiedene Handhabung eines und desselben Satzes in Frage.

[55]) Julian D. 7, 1. 34, 2: si aedes incensae fuerint, usus fructus specialiter aedium legatus peti non potest, . . solum eorum, quae in specie sunt usum fructum legare videtur. Theophilus motiviert den Entscheid Inst. 2, 4, 3 so: *ἐπειδὴ μὴ ἐδάφους ἀλλ' οἰκίας αὐτῷ παρεχωρήθη ὁ οὐσουφρούκτος*; beide also aus den Intentionen des Bestellers, während die Kompilatoren den Grund vielleicht im Wesen des Niessbrauchs suchen (s. oben Note 5).

[56]) Pand. 1. Aufl. I § 74.

[57]) ACP 47 S. 39.

[58]) Dagegen Fitting cit. S. 6 fg. Max Wolff, zur Kritik der Lehre vom Eigentumserwerb durch Spezifikation im R. R. Bresl. Diss. 1897 S. 14. Bester Gegenbeweis ist, dass der Sabinianer Cassius in D. 7, 4, 10, 5 bei Einschmelzen der Niessbrauchsgefässe und Herstellung von Gefässen aus dem Niessbrauchsklumpen den Niessbrauch untergehen lässt, s. oben Note 16 gegenüber Note 40.

Digitized by Google

herrschenden Meinung nach ausgedrückt ist, wobei freilich mit diesem Wort nicht überall derselbe Sinn verbunden wird. So Cujaz,[59]) Hoffmann[60]) und am eingehendsten Karlowa.[61]) Mit dem Zweck des Ususfructs, führt er aus, einer bestimmten Person eine auf eine körperliche Sache radizierte Versorgung zu gewähren, ergab sich die Grenze, wonach das Recht des zu Versorgenden auf Gebrauch und Genuss der Sache beschränkt sein, nicht aber die Substanz des Sachkörpers selbst ergreifen soll. In der Bedeutung nun, welche der mutatio rei beigemessen wird, liegt eine strenge Durchführung eben dieses Satzes; aus ihm wird hergeleitet, dass mit der bisherigen Form der Sache oder des Sachteils, woran der Niessbrauch bestellt ist, dieser selbst untergeht, auch wenn die Substanz der Sache fortdauert. Karlowas Meinung ist also die: um die Versorgung auf Dauer zu sichern, wird dem Versorgten bloss Gebrauch und Genuss, nicht abuti und consumere der materia und *οὐσία* (denn so fasst K. substantia richtig auf und deutet die Klausel nicht etwa auf intaktes Bestehenbleiben der Sachindividualität) gestattet, und zwar nicht im Sinn einer blossen Gebrauchsinstruktion, sondern einer Schranke des Rechtes selbst; es haftet also nicht an der substantia sondern nur an der forma. Dieser Sprung von der Praemisse: „kein Verringern und Aufbrauchen gestattet, nur ein Brauchen" zu der Folge: „also ein Brauchen nur

---

[59]) ad Africanum tract. 5 ad D. 7, 1, 6: imposito aedificio salva non est substantia areae simplex. Tit. de legat. 1 ad L. 21 und 22. Ihm ist subst. bald = materia, wo er sich dann den Entscheid des Cassius zurechtlegt, die subst. gehe zwar nicht simpliciter aber doch secundum quid unter, bald = species composita ex materia et forma.

[60]) Servitutenlehre 2 S. 180 fg.: „dass der UF mit der Aufhebung der Substanz erlischt, erscheint durch die Natur des UF gerechtfertigt, denn da der Ususfruktuar die Sache nur innerhalb der Substanz gebrauchen darf, muss der UF mit der Vernichtung der Substanz der Sache gerade deshalb untergehen, weil er innerhalb der bestimmten Grenzen nun nicht mehr bestehen kann." Was versteht H. unter „Substanz?"

[61]) R. Rgesch. 2 S. 537, 546. Seite 246 zieht er die Parallele: wie das Fortbestehen des Ususfructs die Unverändertheit der Sache voraussetzt und er durch ihre Umgestaltung selber untergeht, so setzt er auch nicht bloss das Fortbestehen des Lebens des Berechtigten sondern auch das unveränderte Bestehen seiner bisherigen rechtlichen Stellung voraus. K. folgert hieraus, die cap. dem. sei nicht als Vernichtung der Persönlichkeit angesehen worden. Geistreich; aber müsste dann nicht auch bei familiae mutatio ohne cap. dem. Erlöschen eintreten? Vergl. Pernice, Labeo I S. 178.

Digitized by Google

in der bestimmten Form" ist gewagt und nicht von zwingender Logik getragen, das „unter Erhaltung der Substanz" wird unter den Händen zum „unter Erhaltung der Form und species," denn die Wahrung der Substanz reicht ja, wie Karlowa sagt, doch nicht zur Erhaltung des Niessbrauchs aus. Als Sicherung der Versorgung lässt sich unser Satz ferner wahrlich nicht in Anspruch nehmen; er bedroht sie im Gegenteil. Dass jenes Gebot der Substanzerhaltung, aus dem ihn Karlowa wie eine mathematische Deduktion ableitet (wer dächte nicht an das non ex regula jus sumatur?), als etwas im uti frui an sich schon Gegebenes mit Objekt und Modalitäten der Nutzung nichts zu tun hat, zeigt sich auch bei den Erörterungen, welches wirtschaftliche Gebahren dem Usufructuar im Einzelfall gestattet sei: eine Reihe von Massnahmen sind ihm, weil dem Versprechen, wie ein bonus vir zu nutzen, zuwiderlaufend, untersagt, die keine Substanzveränderung enthalten; ob sie gegen jenen Satz verstossen, wird nicht in Betracht gezogen; sie können u. U. einflusslos sein, wenn der Besteller, ein Dritter oder Zufall sie vornimmt, so z. B. das Abtragen der Villa vom Niessbrauchsfundus,[62]) das Umwandeln dortiger Parkanlagen in Ertragspflanzungen. Was der Niessbraucher tun darf und was mutatio

[62]) D. 7, 1, 9 pr. bis 12 § 1, eod. 13 § 4 bis 8. Auch das Ausrotten eines Weinbergs auf dem fundus bewirkt keine mutatio, dem Niessbraucher aber ist es verwehrt, er hätte denn ausdrücklich Meliorationsbefugnis erhalten, D. 7, 1, 13, 5. A. M. Keil ACP 35 S. 358 spec. 393 fg. Umgekehrt darf der Niessbraucher beim usus fructus bonorum auch nicht frei schalten und walten, während doch eine mutatio hier das Recht nicht behebt. Die Regeln über mutatio sollen eine Spaltung von Eigentum und Niessbrauch verhüten oder wenn erfolgt durch Konsolidation beheben; die Regelung der Nutzungsweise soll die Interessen des Eigentümers für den Zeitpunkt künftigen Rückfalls wahren. Im Einzelfalle kann sich beides kreuzen, z. B. D. 7, 1, 15, 1, falls die genannten Sklaven unter Nennung ihrer Charge niessbräuchlich vermacht sind und vom Niessbraucher ganz anders verwendet werden. Nur dann geht der Niessbrauch durch mutatio unter; die ältere Doktrin knüpfte zu Unrecht Rechtsverwirkung an jede missbräuchliche Nutzung; so Nic. Vigelius comm. juris civ. annus 4 Basileae 1565 p. 41 „si non fecerit ea quae sunt officii;" Dion. Gothofred in seinen Noten zu D. 7, 1, 15, 1 „velut ab ingrato et indigno aufertur et ita judicatum Lutetiae"; Stryk usus mod. Pand. 7. Aufl. und G. A. Struvius syntagma juris civ. zu D. 7, 4 „quando rem ex malitia aut lata culpa reddet deteriorem." In D. 39, 2, 9, 5 und fr. 10, auf das sie sich neben mutatio-Stellen berufen, gibt Julian bloss dem Eigentümer, der den Niessbrauch hindert, weil ihm i. f. Weigerung des Niessbrauchers, ihm obliegende Reparaturen vorzunehmen, cautio damni infecti abverlangt wird, die exc. doli gegen die actio confessoria, bezw. bei klarer Sachlage Anrecht auf denegatio actionis.

Digitized by Google

zur Folge hat deckt sich nicht durchweg; die gleiche Ursache müsste aber doch, wenn vorhanden, hier und dort die gleichen Wirkungen zeitigen.

Häufiger als aus der objektiven Natur des Niessbrauchs wird unser Satz aus der rechtsgeschäftlichen Absicht seiner Begründer, speziell des Erblassers abgeleitet.[63]) Für diese Erklärung spricht, abgesehen von dem erwähnten direkten Zeugnis einzelner römischer Juristen, vor allem der unserem Textmaterial zu entnehmende Gesamteindruck, es handle sich da überall um die Frage, wie bestimmte Ausdrücke auszulegen seien. Dass hiebei, wie bemerkt, noch in spätklassischer Zeit und ohne dass Justinian etwas daran änderte, streng typisch verfahren, also, wenn man so sagen darf, die Wortmeinung, nicht die Meinung des Erblassers festgestellt wird, wobei es mitunter eher auf ein Unterstellen als ein Auslegen hinauskommen mag, zeigt, dass unser Satz ein Erbstück aus einer Zeit ist, wo peinliche Wortexaktheit im Rechtsgeschäft und Haften am objektiven Wort in der Auslegung noch allgemein war, und dass man ihn nicht etwa, nur weil einmal eingebürgert, also nur dem Gesetze der Trägheit folgend — warum hätte es gerade hier sich so stark bewährt? — sondern in bewusster Absicht unverändert beibehielt. Unsere Regel stammt gewiss aus den Anfängen des Niessbrauchsrechts, aus dem 5. oder 6. Jahrhundert a. u. c., der Zeit, in welcher dieses durch die Intensität, mit der es das Eigentum aussaugt und lahmlegt, der ältern Rechtsstruktur und der hergebrachten Hochschätzung freien ledigen Eigens durchaus zuwiderlaufende Rechtsinstitut zunächst wohl im testamentarischen Erbrecht behufs Versorgung sustentationsbedürftiger Personen, namentlich Familienglieder, aufgekommen ist. Wenn man bei ihm aus der spezifischen Wortbedeutung gleich in voller Konsequenz ableitete, es seien nicht alle denkbaren Benutzungsweisen, sondern

[63]) Connanus, cit. in Note 10: de quo testator non sensit. Noodt cit.: si legetur u. f. rei non datur .. qualisqualis sit. contra datur u. f. rei quae in specie est igitur si mutetur species finitur u. f. totius rei et partium ejus; reliquae partes etsi praebeant sui usum, tamen non praebent eum, quem voluit testator; igitur non debetur usus qui legatus est, quia percipi nequit re mutata, nec debetur qui percipi potest, quia non est legatus. Dagegen wer Eigentum vermacht vult eam qualisqualis sit legatarii fieri, ita hanc ei non legat in certum usum, sed ut de ea disponat tamquam dominus suo arbitrio, sive adhibeat eam ad usum verum sive ad alium .. nec testator ad suum sed ad legatarii usum respexit dans ei proprietatem. Elvers cit. § 70. Fitting cit. Brinz cit. Dernburg cit.

Digitized by Google

eben nur die spezifische Nutzung gewährt, falls und solange sie möglich sei, und sei sie nicht möglich, so sei auch kein Grund da, die Detention zu verstatten und das zugewendete Recht nicht erlöschen zu lassen — so war diese der ganzen damaligen Interpretationsweise kongeniale Strenge gewiss auch durch ein erklärliches und nicht unbegründetes Misstrauen gegen das neue Rechtsinstitut unterstützt, welches eine möglichste Beschränkung seiner Anwendungsfälle und seiner Dauer erstrebenswert erscheinen liess.[64]) Auch sonst ist ja in der ganzen Gestaltung des römischen Niessbrauchsrechts bei der Abwägung der Interessen der Beteiligten das Zünglein gerne zu Gunsten des Eigentümers, sozusagen pro libertate, verschoben worden. Der Niessbraucher muss mit Bürgen cavieren und erhält für seine Administration in manchen Richtungen so wenig Ellenbogenraum, dass er faktisch oft einer massgeblichen Mitverwaltung des Eigentümers, einer Verständigung mit ihm gar nicht wird entraten können. Der Erbe muss dem Niessbraucher ferner nur die zur Ausübung strikt nötigen utilitates gewähren und hat keinerlei Instandstellungspflichten.[65]) Der Intensität der Inanspruchnahme werden extensive Begrenzungen als Gegengewicht beigegeben; erst in der Kaiserzeit sind sie dem Parteibelieben teilweise anheimgestellt worden. Ja, Gaius bezeichnet die Endigungsgründe des Niessbrauchs direkt als tendenziös geschaffene Mittel zur Konsolidierung und Wiedernutzbarmachung des Eigentums, damit seine Nutzlosigkeit nicht allzulange daure;[66]) sein „placuit" deutet auf Juristenrecht wie das „placet" unserer Regel von der mutatio; es hat aus bestimmten Gründen so beliebt. Und dieser Ausspruch ist bei der Behandlung der Materie in den Institutionen und Pandekten gewiss nicht zufällig gleich an den Anfang gestellt worden.

In diesen Richtungen dürfte wohl der unterstützende Grund für die Ausbildung unserer Regel zunächst beim letztwillig zugewendeten, dann bei jedem Niessbrauch, und der bestimmende Grund für ihr konservatives Beharren zu suchen sein, das zu den in

---

[64]) Elvers cit. S. 760. — Man mag den Niessbraucher frei stellen oder binden, beides kann dem Eigentümer und der Sache gleich gefährlich werden.

[65]) D. 7, 6, 1, 4: sine quibus omnino uti non potest: sed si cum aliquo incommodo utatur, non esse ei praestandas. Vergl. D. 7, 1, 9, 4 und fr. 61 eod.

[66]) L. 2 rerum cotid. D. 7, 1, 3, 2 und Inst. 2, 4, 1: ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usu fructu placuit certis modis extingui usum fructum et ad proprietatem reverti.

Digitized by Google

anderen Gebieten nachmals angewendeten Prinzipien so seltsam kontrastiert.[67]) Ist aber die strenge Auslegung durch Erwägungen der Rechtspolitik, welche Einschränkung und leichte Zerbrechlichkeit des Niessbrauchs empfahlen und durchsetzten, gefördert und gehalten worden, so ist dem Brinzschen „aut aut" eben doch ein „et et" entgegenzusetzen: nach dem Willen der Konstituenten und der im Interesse des Eigentums fragil gestalteten Natur des Ususfructs.

III.

Von diesem Standpunkte aus bot die Frage, wer die mutatio vorgenommen, ob der Erblasser, und wenn ja, ob dann nicht eine mutatio voluntatis vorliege? ob der sonstige Eigentümer, ob Naturereignis, Dritthand oder der Niessbraucher selbst, und ob sie vor oder nach Erwerb des Niessbrauchs eingetreten sei, keinen Anlass zur gesonderten Erwägung.[68]) Nirgends ist für die sachenrechtliche Behandlung eine Unterscheidung in irgend einer dieser Richtungen auch nur angedeutet, wie denn auch von interire amittere und exstingui gesprochen wird unbekümmert darum, ob es sich um Nichtentstehen oder um Nichtbestehenbleiben handelt. Ungenau ist der Ausdruck dann insofern, als er den unwiederbringlichen wie den vorübergehenden Verlust, das kraft der mutatio sofort eintretende Erlöschen wie ein aus ihr erwachsendes blosses Ruhen des Rechtes, das erst mit Ablauf der Versitzungszeit zu dessen Verluste führt, mitumfasst.

Ein unwiederbringlicher und sofortiger ist der Verlust, wenn eine Wiederherstellung des ursprünglichen Niessbrauchsobjektes

---

[67]) So Cujaz in tit. 1 de leg. 2 ad l. 39: usum fructum semper stricte accipimus, quod scilicet odiosum sit usum fructum divelli a proprietate, proprietatem inutilem reddi; et ideo quacumque occasione arrepta usum fructum facile restituimus proprietati vel a proprietate non divellimus. Donellus, comm. 10 § 7: die subtilitas ist hier zugleich utilitas, weil sie eine Auslegung ergibt, welche ein rasches Erlöschen des U. F. begünstigt. Math. Wesenbecius, paratitla in Pand. ad D. 7, 4 § 1. Struvius cit. Brunnemann, comm. in D. 7, 4, 10. Voet, comm. ad Pand. I zu D 7, 4, 8: der U. F. bindet das natürliche Eigentum in einer seinem Nutzen für den Eigentümer zuwiderlaufenden Weise; es ist also zweckmässig, ihn leichter erlöschen zu lassen, damit die Sache wieder in den ihr angemessenen Rechtszustand zurückkehre. Etwas zu einseitig immerhin Wolff cit. S. 14, die Entscheidungen seien nur aus der Erwägung des Wesens und des Zwecks des Niessbrauchs hervorgegangen und überall von rein praktischen Gesichtspunkten getroffen. Nein; es hat mancherorts auch die Naturphilosophie mit Einfluss gehabt.

[68]) Anders Sokolowski S. 353 und passim.

Digitized by Google

faktisch oder rechtlich unmöglich ist. So beim Zerstören des Niessbrauchshauses, -schiffes, -bechers. Ein neuerstellter Bau und Becher, wären sie in allen Stücken dem Niessbrauchsobjekt noch so ähnlich, wären eben doch nur ein gleiches, nicht das gleiche Objekt.[69]) Unwiederbringlich ist der Verlust ferner, wenn der Niessbrauchsacker oder -garten zum Flussbett wird[70]) oder vom Meere verschlungen oder zu See, Teich, Sumpf geworden ist;[71]) die Einwirkungen sind hier so intensive, dass er seine Gestalt eingebüsst hat, desiit esse amissa propria forma, speciem fundi mutat, wie Gaius sagt; würden sie auch nach geraumer Zeit durch Menschenkraft der Natur wieder abgewonnen oder durch Naturwalten selbst wieder trocken gelegt, so wären sie doch infolge jener Einflüsse wohl nicht mehr die Sache, welche Niessbrauchsobjekt sein sollte, sondern bestenfalls eine ähnliche.[72]) Anders bei rasch wieder abfliessender Ueberschwemmung eines Ackers oder Gartens durch Springflut oder Hochwasser ohne Zerstörung ihrer äussern Erscheinung: cum recessit, citirt Javolen den Labeo, jus quoque usus fructus restitutum esse; ebenso Pomponius: quemadmodum restituitur proprietas ita et usum fructum restituendum (restitui?) dicendum est;[73]) und „restituetur u. f." sagt auch Paulus bei Befreiung des durch Feinde erbeuteten Niessbrauchsackers und -sklaven. Hier ist also der Verlust nicht unwiederbringlich. Ist er aber überhaupt dem Rechte nach eingetreten, wie Labeo deutlich zu sagen scheint, oder ist das Recht bloss vorübergehend gehemmt und dann wieder

---

[69]) D. 7, 4, 10 § 1, 7. D. 7, 1, 36 pr.: licet pristina qualitas restituta sit, non tamen illos esse, quorum usus fructus legatus sit. Paul. S. R. 3, 6, 31.

[70]) Hier geht ja sogar das Eigentum bleibend unter, wenn der Eigentümer nicht Anstösser ist. Pomponius D. 41, 1, 30, 3 will das Eigentum an den früheren Eigentümer zurückfallen lassen, wenn das neue Bett wiederum verlassen wird; Gaius D. 41, 1, 7, 5 hält dies „stricta ratione" für falsch und will auch hier die Regel vom Anstössererwerb durchführen, gibt aber zu, mit dieser logischen Konsequenz gegen die Praxis schwerlich aufkommen zu können (sed vix est ut id obtineat). Inst. 2, 1, 23 folgt Gaius unter Streichung dieses Bedenkens.

[71]) D. 7, 4, 10, 2 und 3.

[72]) Das ist freilich zweifelhaft; anders Schirmer cit. S. 173 Note 10, der die gründlichste Erörterung dieser Fragen gibt; er will wie bei der area (s. hernach) entscheiden, trägt aber der Intensität jener Einflüsse, die weit erheblicher ist als bei der area, nicht Rechnung. Hoffmann, Lehre von den Serv. 2 S. 182 stellt auf die erkennbaren Zwecke der Natur ab, in denen eine Aufhebung der Veränderung nicht von vornherein enthalten gewesen sei (?).

[73]) D. 7, 4, 24 und 23 und 26, cf. auch Ulp. D. 43, 12, 1, 7 und 9.

Digitized by Google

vollkräftig geworden, so dass bloss die Ausübung versagt war? Handelt es sich um Wegfall von Ausübungshemmnissen oder um Wiederherstellung des Rechtsverlustes? Dieselbe Frage erhebt sich, wenn der zu Niessbrauch verliehene unbebaute Platz überbaut worden ist. Mit dinglicher Klage kann gegen dieses Hindernis nicht vorgegangen werden, das steht den römischen Juristen fest;[74]) während der Dauer des Ueberbaus cessiert also zum mindesten die Ausübung, wenn nicht gar das Recht untergegangen ist; aber wie man dies auffasse, der Niessbrauch ist nicht für immer unmöglich geworden, weil das Gebäude wegfallen und dann wieder der alte unbebaute Platz wie zugedacht nutzbar werden kann. Daraus zieht nun Marcellus die Konsequenz, nicht die mutatio, sondern erst die infolge derselben eingetretene Versitzung hebe hier das Niessbrauchsrecht auf; die republikanischen Juristen (veteres), sagt er, entschieden bei Wegfall des Gebäudes während der Versitzungszeit restitui usum fructum.[75]) Hier, bei dieser Auffassung kann mit restitui, wie Schirmer hervorhebt, nur die wieder möglich gewordene faktische Rechtsausübung, nicht das Recht selbst gemeint sein, da ja dieses eben während der Versitzungszeit nach Ansicht des Juristen bloss bedroht, nicht schon erloschen war; Schirmers Mahnung, nicht aus jedem restituere den einstweiligen Rechtsuntergang herauszulesen, ist also vollberechtigt. Die Ausführungen Ulpians über unsere Frage,[76]) der das Ueberbauen als mutatio rei ansieht und direkt zum usum fructum extingui führen lässt, ohne den Fall des Wiederwegfalls des Gebäudes zu erörtern, hat man in der ältern Literatur mit Hilfe der Annahme, er denke an bleibendes Ueberbauen, mit der Marcellusstelle zu vereinigen gesucht;[77]) auch den Kompilatoren ist was sie sagt und was sie

---

[74]) Julian bei Paul. L. 21 ad Ed. D. 8, 5, 9, pr.: fructuarius (jus sibi esse intendere) non potest quia amisit usum fructum; Ulp. L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 5. 3: usum fructum extingui constat; beide geben nur Schadenersatzklagen (vergl. dazu D. 7, 4, 6. D. 7, 1, 7, 1. D. 4, 3, 7, 4 und 18, 2. D. 9, 2, 12). African. L. 5 quaest. D. 7, 1, 36 pr. redet ausdrücklich nur vom Fall, dass das vom Erblasser errichtete Gebäude noch zu seinen Lebzeiten wegfiel, also nur vom Inkrafttreten des Legats, nicht auch vom Erlöschen des Niessbrauchs; bei dieser Beschränkung des Tatbestands sollte die Stelle nicht allgemein verwertet werden wie z. B. von Schirmer.

[75]) D. 7, 1, 71: intra tempus quo usus fructus perit haben wohl die Kompilatoren statt intra biennium geschrieben.

[76]) L. 17 ad Sab. D. 7, 4, 5, 3; vergl. dazu D. 7, 1, 7, 1 und Paul. S. R. 3, 6, 21.

[77]) z. B. Hoffmann, Lehre von den Serv. 2 S. 181.

Digitized by Google

unerwähnt lässt aufgefallen; sie haben ihr in fr. 7 eod. eine Julian in den Mund gelegte Korrektur angehängt: „nämlich erst nach Ablauf der Versitzungszeit erlischt der Niessbrauch, bis dahin war bloss seine Ausübung gehemmt, bei Wegfall der Baute vor jenem Termin bedarf es nicht etwa einer Neubestellung des Niessbrauchs, der ja noch lebt," lassen sie ihn implicite sagen, um ihn mit der Marcellusstelle in Einklang zu bringen. Dass nun aber die Worte „tempore scilicet quo usus fructus perit transacto," wie Lenel in seiner Palingenesie annimmt, samt und sonders ein aus der Marcellusstelle (und zwar ungeschickt) hergeholter Zusatz der Kompilatoren und nicht etwa bloss aus „biennio transacto" wie bei Marcellus umgeändert sind, dafür spricht erstens vom Standpunkt Julians aus, dass er sich kaum mit sich selbst, d. h. mit D. 8, 5, 9 pr., wo er ans Bauen ein „amisit usum fructum" knüpft, wird in Widerspruch gesetzt haben,[78]) und zweitens vom Standpunkt Justinians aus, dass nicht einzusehen ist, warum die in fr. 5 § fin. und fr. 6 statuierte Schadensersatzpflicht des überbauenden Eigentümers wegfallen und nicht für die Entbehrung während der langen Dauer der Versitzungszeit aufrecht bleiben soll, wenn er den Niessbrauch erst nach deren Ablauf neu bestellt. Und wenn das Gebäude vorher wegfällt, sollen dann jene Ersatzklagen nicht bis zu diesem Zeitpunkte dem Niessbraucher zustehen?[79]) — Welche Bedeutung Julian Paulus und Ulpian dem hinterherigen Wegfall des Hindernisses beimassen, ob sie nun direkte Auferstehung des Rechtes annahmen oder blosse Verpflichtung des Eigentümers zur Wiederherstellung, lässt sich nicht erweisen. Für einen Entscheid im ersten Sinn spricht der Umstand, dass Ruhen der Klage und zeitweiliges Erlöschen derselben prima facie nahe beieinander liegen und dass die intimen Wechselbeziehungen zwischen Privatrecht und Prozess bei unserem Rechtsinstitute leicht zur Betrachtung von verschiedenen Gesichtspunkten aus Anlass geben konnten. Freilich wäre bei dieser Auffassung für einen Einfluss der Versitzung aufs

---

[78]) Warum sieht Julian eine in jure cessio des Eigentümers vor; sollte er endgültigen Verlust des dinglichen Rechts mit dem Ueberbautsein angenommen haben?

[79]) Schirmer cit. S. 175 Note 11 geht von der Echtheit des Citates aus und stellt einen Widerspruch zwischen den beiden Aeusserungen Julians in Abrede; Julian meine, praktisch bestehe kein Recht mehr, weil die confessoria versagt sei, und die confessoria sei versagt, weil bei ihrer Zulassung ein Niessbrauch am Bau behauptet würde, der doch in Rechten sicherlich nicht zustehe.

Digitized by Google

Wiederaufleben des Niessbrauches kein Raum. Auch bei der Ansicht des Marcellus brauchte aber der Versitzungsverlust nicht notwendig ein definitiver zu sein; es ist nicht ausgeschlossen, wenn auch nicht nachweisbar, dass hier ein persönlicher Anspruch auf Neubestellung des durch unverschuldeten non usus eingebüssten Rechtes anerkannt und nötigenfalls auch durch in integrum restitutio direkt befriedigt wurde, wie das bei den Realservituten der Fall war.[80]) Aber über Hypothesen und das von Schirmer gewonnene Ergebnis kommt man nach Lage unserer Quellen nicht hinaus: fürs vorjustinianische Recht lässt sich keine annähernd sichere Antwort gewinnen; das justinianische aber kennt kein Wiederaufleben des Ususfructs in Folge Wiederherstellung seines Objekts, sondern nur entweder unwiederbringlichen Untergang oder Stillstellung der Ausübung, die, wenn während der Versitzungszeit andauernd, zum Rechtsverlust führt.

IV.

Dernburg[81]) hat geltend gemacht, die Aufrechterhaltung unseres Satzes sei mit der späteren Ausweitung des Niessbrauches von einem Recht auf spezifische Nutzung zu einem Mittel, den pekuniären Ertrag eines Wertstückes dinglich zu gewähren (Beweis die spätere Veräusserlichkeit der Ausübung des Niessbrauchs), nicht in Einklang zu bringen; diese Entwicklung müsse folgerecht dazu führen, von der Veränderung der Nutzbarkeit abzusehen, wenn nur die Sache dieselbe bleibe. Der Zusammenhang ist aber nicht ersichtlich: wer die Ausübung der spezifischen Nutzung veräussert, geniesst sie in einem Aequivalent; er nutzt bei entgeltlicher Verfügung nicht anders, sondern nur Netto statt Brutto. Dagegen liesse sich jene Folgerung an Justinians Argumentationen bei Beseitigung des Einflusses der capitis deminutio minima und an die Ermöglichung der Erstreckung des Niessbrauchs auf die Erben anknüpfen. In der Tat haben die neueren Gesetzbücher, soweit ersichtlich,[82]) unseren

[80]) D. 8, 6, 14 pr. D. 7, 3, 34, 1 und 35. Noodt cit. behauptet fürs Justinianische Recht bloss einen persönlichen Anspruch auf Wiederherstellung, auch wenn der Gebrauch vor Ablauf der Versitzungszeit wieder möglich würde.

[81]) Pand. 1 § 254 Note 3.

[82]) So auch Schweiz. Civilgesetzentwurf (28. Mai 1904) Art. 739: die Nutzniessung geht unter mit dem vollständigen Untergang ihres Gegenstandes. Das Zürcher Gesetzbuch, Red. 1887, enthielt in § 298 ausdrücklich die Regel: wird ein Gebäude durch Zufall zerstört und von dem Eigentümer wieder aufgebaut, so wird der Niessbrauch daran wieder (gemeint: auch daran, nicht bloss an der area) wirksam.

Digitized by Google

Satz nirgends ausgesprochen. Darum ist er aber keineswegs schlechthin antiquiert, so wenig als er in spätklassischer Zeit in allen Richtungen residuäres Recht war. Beseitigt ist er mit jenem Stillschweigen nicht; es ist damit bloss ausgesprochen, dass auch beim Niessbrauch für die Auslegung des Bestellungsakts die allgemeinen Regeln gelten. Diese Auslegung aber wird nach wie vor bei der Frage, ob jede denkbare oder ob nur bestimmte Nutzungsweisen gewährt werden wollten, zunächst auf den typischen Sinn der zur Charakterisierung des Niessbrauchsobjekts verwendeten Ausdrücke abstellen müssen. Neu ist nur, dass ein abweichendes Ergebnis, das aus klar erwiesenem id quod actum est und individueller Wortmeinung resultiert, die Vorhand haben soll. Lässt sich ein solcher Nachweis nicht erbringen, so werden auch heute Verfügungen, die der Testator eben doch anders verstanden hat, ihres Erfolgsinhaltes entleert werden können. In weit zahlreicheren Fällen aber wird, wo der Ausdruck deutlich ist, auch die Willensmeinung sich mit seiner objektiven Bedeutung decken. Dass aber spezifische Bezeichnungen heute weiter genommen werden als ehedem, dass z. B. der an einem See oder an einem Wohnhaus bestellte Niessbrauch an dem durch Entwässerung gewonnenen Ackergrund, an dem durch Brand blossgelegten Areal fortdauern solle, wird sich schwerlich als objektiver Sinn der Verfügung dartun lassen. Die Grenze menschlichen Erkennens, die je und je dem Richter sein verantwortungsvolles Amt erschwert hat, heischt heute so gut wie ehedem Durchschnittsauslegungsregeln und Respekt vor dem verwendeten Worte. Die Geradlinigkeit, mit der die Römer unseren Satz handhabten, schnitt freilich in ganz andrem Masse Prozessgelüste und richterliches Schwanken ab; die Rechtssicherheit, die sie verbürgte, war mindestens wert was die heute erstrebte Einzelrichtigkeit; diese war mit jener Auslegungsweise besser gewährleistet, weil sie den Verkehr und den Sprachgebrauch disziplinierte, d. h. sie zwang, erschöpfend und mit klaren aus sich selbst in ihrer Bedeutung erkennbaren Mitteln dem Willen Ausdruck zu leihen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google